



POR DON ANTONIO DE LA CUEVA Y ZEVALLOS:

EN EL PLEYTO

DE ACREEDORES

A LOS BIENES DE ANTONIO DE Melo, Don Simon de Melo, y Don Antonio de Melo, Veintiquatro de esta Ciudad.

N. 1. VIENDOSE acumulado en 27. de Iunio de 1656. años, diferentes pleytos que se seguian contra los bienes del dicho Antonio de Melo, Don Simon de Melo su hijo, y Don Antonio de Melo su nieto, Ram. 1. fol. 123. Formado el concurso de acreedores, cada vno pretẽde se le dè grado cõforme a la antelacion de sus escrituras. Y entre los demas acreedores que han salido, y con quien se ha sustanciado hasta la conclusion el pleyto, es Don Antonio de la Cueva Zevallos, que en 23. de Iunio del año passado de 57. Ram. 2. fol. 22. por su peticion dixo, que de los bienes todos del dicho Antonio de Melo, y de lo mejor, y mas bien parado, deve ser satisfecho, y pagado del alcance de su tutela, y de sus reditos, y intereses, hasta la Real paga; porque como consta de los Autos, el dicho Antonio de Melo, y Don Simon su hijo, y sus bienes, y hazienda estàn obligados a la dicha su tutela, y a los intereses q̃ se le devẽ; porque es acreedor anterior en tiempo, y priuilegiado en derecho, por que pidiò grado con prelacion a los demas acreedores.

2 A cuyo pedimiento se respondiò por Antonio del Castillo, en nombre

bre

bre de los acreedores de quien tiene poder, en peticion de 24. de Mayo de 1659. pretendiendo se le ha de denegar el grado que pide a D. Antonio de la Cueva. Y que antes ha de ser condenado a que buelua, y restituya al concurso, vn tributo de ocho mil ducados de plata, que llevò en dote Doña Mariana de Melo su muger, hija de Don Simon de Melo. Ram. 2. fol. 274.

3 Y para inteligencia, assi de la pretension de Don Antonio, como de los acreedores, se supone por Hecho de este pleyto, que en 19. de Iulio del año de 1617. Don Antonio de la Cueva otorgò escritura de dote a fauor de Doña Mariana de Melo, con quien estaua tratado de casar, y recibio por su dote vn tributo de ocho mil ducados de plata, que a Antonio de Melo pagaua Don Alonso Antonio de Paz. Otorgose la escritura por el dicho Don Antonio, y por Don Simon de Melo su suegro, y Doña Ana de Almonte su muger, y por Antonio de Melo, padre del dicho Don Simon Ram. 2. fol. 277.

4 Suponese tambien, que en cinco de Otubre del mismo año de 1617. se le discerniò, y encargò la tutela del dicho Don Antonio de la Cueva Zevallos a Antonio de Melo, padre de Don Simon de Melo su suegro, por ante Iuan Luis de Santa Maria, Escriuano Publico; de cuyo descernimiento ay testimonio. Ram. 2. fol. 296.

5 Y el dicho Antonio de Melo substituyò la dicha tutela en el dicho Don Simon de Melo, en 15. de Março de 1619. ante Francisco Zeron de Castro, Escriuano Publico, cuya substitucion, y poder para administrar la dicha tutela, sus bienes, y rentas, aceptò el dicho Don Simon, y vsò del, cobrando, y administrando, como consta de testimonio Ram. 2. fol. 297. en que està inserta la substitucion.

6 Esto supuesto, auiendo muerto Antonio de Melo, y Don Simon de Melo; Don Antonio de la Cueva en 15. de Otubre de 1624. años, ante el señor Alcalde Don Iuan Arias de la Rua, por ausencia del señor Alcalde Don Alonso de Bolaños, diò peticion, en que dixo, que tenia venia de su Magestad para administrar, pedir, y cobrar su hazienda, como si fuesse mayor de veinte y cinco años; y que Antonio de Melo, que ya era difunto, auia sido su tutor desde cinco de Otubre del año passado de 1617. y que sus herederos tenian obligacion a darle quenta de la hazienda de su tutela, conforme al inventario que tenia obligacion auer hecho, que por su parte nombraua por Contador a el Licenciado Don Alonso Arias de Aguilar, Abogado de la Real Audiencia, que se les notificasse diessen la quenta, y nombrassen por su parte Contador.

7 Este pedimiento que està en el Ram. 1. fol. 830. se notificò a Doña Ana de Almonte, viuda de Don Simon de Melo, tutora, y curadora de sus hijos, la qual en 19. del mismo mes, y año, dixo por peticion, que el inventario no tenia obligacion a exhibirlo, porque no fue a cargo de Antonio de Melo, y Don Simon de Melo su marido, sino de los Albaceas del Iurado Antonio de la Cueva Zevallos, padre de Don Antonio de la Cueva su yerno. Y que solo fue a cargo del dicho Antonio de la Cueva, el cobrar el alcance que se les hizo a los Albaceas: y que de esto y de lo demas que auian cobrado en su tiempo, assi su suegro, como D. Simon su marido, tendria obligacion a dar quenta: que todo constaria

por

por los libros,y papeles en que eſtaua la razon de la dicha tutela: cuya quenta ofreciò dar,como tutora de ſus hijos,y nombrò por Contador a Fernando Romero.

8 Aceptados los nombramientos por ambos Contadores,y Iurado,hizieron las quentas de la dicha tutela,que eſtà deſde fojas 833. y en ellas hazen diferentes preſupueſtos,auiendo dicho como ſe les auia entregado por la dicha Doña Ana de Almonte,los libros de cobranças,y pagas,y cargo,y deſcargo,y otros recaudos,y papeles concernientes,y vn pleyto,y quentas en èl preſentadas ſobre el cumplimiento del teſtamẽto del Iurado Antonio de la Cueva,en que ay otros papeles, y el inventario que los Albaceas auian hecho,por cuyos papeles dizen hizieron las quentas. Y el primer preſupueſto,o declaracion,porque ſobre lo en èl contenido aora por los acreedores ſe trata de nuevo, ſe inſerta a la letra que dize aſsi. *Primeramente es declaracion, que a los bienes, y herederos del dicho Don Simon de Melo,y del dicho Antonio de Melo ſu padre,verdadero tutor,ſe les cargan reditos ſolamente de mil y quinientos ducados de principal a razon de a veinte mil el millar,deſde principio de Mayo de ſeiſcientos y diez y nueve, haſta fin de eſte dicho año de ſeiſcientos y veinte y quatro,aunque el alcance que ſe les haze es de mucha mayor ſuma, porque conſideramos que la dicha cantidad de mil y quinientos ducados ſobrò,y reſtò ſolamente en poder del dicho D. Simon de Melo,por fin del año de ſeiſcientos y diez y ocho, de los reditos que cobrò de los juros,y caſas del dicho Don Antonio de la Cueua, los años de ſeiſcientos y diez y ſiete,y diez y ocho,y del alcance de quatrocientos y veinte mil ſeiſcientos y nouenta y ſeis marauedis,que cobrò de Rodrigo de la Barrera Ayala, Albacea teſtamentario que fue del dicho Iurado Antonio de la Cueva: y otros mil y quatrocientos ducados que tambien recibiò del precio del oficio de Iurado,del dicho Antonio de la Cueva,y de otras partidas que tambien cobrò, de todas las quales partidas,y reditos,le reſtò por el dicho tiempo,pagados los alimentos, y obligaciones del dicho Don Antonio de la Cueva,y de ſu hazienda, la dicha cantidad de mil y quinientos ducados; de los quales por no auerlos impueſto en renta redituoſa para el dicho Don Antonio de la Cueva menor,le cargamos reditos en la forma dicha,dandole toda la demora que por derecho tiene; y no le cargamos reditos de la demas cantidad del alcance que ſe le haze,por vſar de equidad con los dichos herederos, de que por ſer ſus cuñados,guſtò el dicho Don Antonio de la Cueva, y lo tuvimos aſsi por bien,de no vſar en eſta parte del rigor del Derecho, como tambien por auerſe cauſado el demas alcance en los otros años ſiguientes,haſta quando muriò el dicho Don Simon de Melo, que fue el año de ſeiſcientos y veinte y vno,quando prevenido con ſu muerte, no lo impuſo.*

9 Con eſta declaracion,y otras,ſe forma el cargo, que ſe compone de diferentes partidas de marauedis,que cobraron Antonio de Melo, y Don Simon de Melo,de las caſas principales de calle de Toqueros, y de otras caſas pequeñas,bienes del dicho Don Antonio de la Cueva,y de vnos juros en el Almoxarifazgo mayor,y en el de Indias, y del precio en que ſe vendiò vn juro de Alcavalas,y de vn tributo que al Iurado

do Antonio de la Cueva pagaua Tome Garcia, y de otro tributo que pagaua Antonio Gallegos, y de vn oficio de Iurado, que todas las dichas pieças de tributos, y oficio se auian vendido, y del alcance que se le auia hecho a Diego de la Barrera Albacea del dicho Iurado, y de vnas partidas de vnas caxas que se auian vendido en Indias, que auia pagado Thomas Mañara, y otras que por menor se refieren, que todas sumaron cinco quentos quinientas y cinquenta y nueve mil y dos marauedis, de que se formò el cargo.

10 El descargo se compuso de vna partida de mil ducados, que se le auia entregado en virtud de mandamiento, para que pusiesse su casa Don Antonio quando se caso, y de los alimentos, y de otras partidas, que sumaron quatro quentos docientas y setenta y nueve mil ochocientos y cinquenta y cinco marauedis; con que salio por alcance, y resto vn quento docientas y setenta y nueve mil ciento y quarenta y siete marauedis, y se acabaron las quentas en 27. de Enero de 1625. y presentadas ante el dicho señor Alcalde Don Alonso de Bolaños, mandò dar traslado a las partes, y notificado en 24. del mismo mes a la dicha Doña Ana de Almonte, como tutora de sus hijos, las consintiò fol. 857. y tambien las consintiò Don Antonio de la Cueva, y en veinte y cinco del mismo mes las aprobò el dicho señor Alcalde, cuyo auto de aprobacion se notificò en 31. del mes a la dicha Doña Ana, y en tres de Febrero a Don Antonio, y lo consintieron, y firmaron.

11 Ajustadas, y aprobadas las quentas en 16. de Otubre de 1629. años, Don Antonio de la Cueva, ante el mismo Iuez, diò peticion en que dixo, que estando aprobadas las quentas no le auian pagado, que se le despachasse mandamiento de execucion. Y por vn otrosi dixo, que tambiē se le deuian los reditos del alcance, pidiò se le notificasse a la dicha Doña Ana de Almonte le pagasse reditos hasta la Real paga a razon de veinte mil el millar, por ser alcance de tutela, y para redimir con la cantidad otra tanta de tributos, que auia tomado sobre su hazienda, por no auerle pagado el alcance de su tutela fol. 860.

12 Despachose el mandamiento de execucion por el principal del alcance, y por los corridos precepto de soluendo, y notificado, y passados los tres dias, se pidiò execucion, y se despachò; se citò de remate a la dicha Doña Ana, que no se opuso, y saliò sentencia de remate por principal, y corridos; *y que corrieren hasta la Real paga*. Pronunciose en dos de Febrero de 1630. años. fol 866.

13 Y auiendose quedado en este estado los autos, parece que en doze de Março de mil y seiscientos y cinquenta y quatro, veinte y quatro años despues de la sentencia de remate, Don Antonio de la Cueva Zevallos diò peticion en prosecucion de sus autos, haziendo relacion de la dicha sentencia de remate por principal, y corridos hasta la Real paga, y pidiò se le despachasse apremio; de que se mandò dar traslado a los herederos, y se notificò al Veintiquatro Don Antonio de Melo, y a Doña Beatriz de Melo en diez y seis, y diez y siete del mismo mes, y año Ram. 1. fol. 867.

14 Y sin que conste auerse seguido el articulo, ni hecho otra diligencia, despues de acomulados los pleytos, y formado el concurso en 23. de

Iunio

Iunio de 57. Ram. 2. fol. 22. diò peticion Don Antonio, pidiendo se le diesse grado conforme a la antelacion de su credito, desde el dia que se le discernió la tutela a Antonio de Melo, prefiriendole a los demas acreedores posteriores, assi por el principal del alcance, como por los reditos, y intereses hasta la Real paga.

15 A cuya pretension, por parte de los acreedores se respondiò latamente en peticion de 24. de Mayo de 59. Y reduzese la contradicion a dos articulos, o medios diferentes, que el vno mira a excluir el credito de Don Antonio, y el otro a que se le condene a que restituya al concurso ocho mil ducados de plata de vn tributo, que se le diò en dote con Doña Mariana de Melo su muger, hija de Don Simon de Melo.

16 Las alegaciones que miran al primer medio, son, que el pleyto de las quentas de la tutela se siguiò collusoriamente por Doña Ana de Almonte, suegra de Don Antonio, y que no hizo contradicion en fraude de sus acreedores, a los quales no puede perjudicar, ni las quentas, ni su aprobacion, ni sentencia de remate.

17 Que contienen agrauios notorios, como son, hazerles a los herederos cargo de reditos pupilares, que no se deven hazer, tomando las quentas a los herederos del tutor: que la partida de mil y quinientos ducados, que consideraron los Contadores auer tenido sin emplear el dicho Don Simon, por que le cargaron reditos, no tiene justificacion.

18 Que acabada la tutela, y curaduria no se le deven reditos a Don Antonio, que ha estado omisso en no cobrarlos. Y que la accion para cobrar principal, y corridos, està prescripta por el transcurso de tantos años que ha dexado passar.

19 A que se satisfaze por Don Antonio, que las quentas se hizieron con toda legalidad por dos Contadores nombrados por ambas partes, con vista de los libros inventarios, y quentas de los Alba ceas del Iurado Antonio de la Cueva su padre, año de 1624. quando no auia concurso, ni aun muchos de los creditos que ay, que ni pudo auer colusion, ni contemplacion de acreedores que no auia. Y que conformes los Contadores, el alcance quedò executivo, aunque su suegra no lo huviera consentido: y que vencidos los bienes de su tutor, no pueden los acreedores contradezirle el pago de su credito.

20 Que se les deviò cargar reditos pupilares a los herederos del tutor: y que la partida de mil y quinientos ducados, antes fue favorable a los menores, pues conforme al cargo, auian entrado en poder de Don Simon de Melo su suegro, cinco quentos de marauedis del precio de vn Oficio de Iurado, y tributos que vendiò, cuyo dinero no lo empleò. Y deviendole cargar por entero los reditos, no se le cargaron a los herederos, por conveniencia que les hizo Don Antonio, por ser sus cuñados.

21 Que se le deven los reditos hasta la Real paga, despues de acabada la tutela: que Don Antonio no ha estado omisso, pues a su pedimiento se le hizieron las quentas, y por el alcance executò: que la mora la han tenido los herederos, que no han querido pagar en tantos años, los quales para impedir las vsuras, o intereses, auian de auer ofrecido a Don Antonio su hazienda: que para cobrarla tiene su accion eficaz, y no ha

corrido

corrido prescripcion, assi por falta de buena fee en los herederos, como por auerse perpetuado por quarenta años, con la citacion de remate, y por treinta con la sentencia: que auiendose pronunciado año de 630. año de 54. judicialmente se prosiguió en su execucion; y que basta para interrumpir la mora la interpelacion extrajudicial, y auer pedido Don Antonio de la Cueva su credito a su cuñado Don Antonio de Melo: conquié por conseruar la amistad, y ser vn Cauallero muy valido, no auia podido seguir su justicia, y pago de su credito.

22 Las alegaciones que miran al segundo articulo, son, que Don Antonio deue restituir los ocho mil ducados de plata de la dote, porque vno, o dos de los acreedores tributarios son anteriores a la dote, y que por reconvencion deve ser condenado a la restitucion; porque auiendo concurso, es visto auerse hecho excursion, y se puede intentar la accion hypotecaria.

23 A que por Don Antonio de la Cueva se satisfaze, que esta reconvencion no se pone en tiempo, porque en la misma peticion fol. 225. se concluyò difinitiuamente: y la reconvencion se ha de poner, o antes de la contestacion, o veinte dias despues; y que assi no tiene obligacion a responder.

24 Que la hypotecaria no se puede intentar auiendo posseído desde el año de 1616. hasta el de 59. que se intenta; porque siendo acreedor por el dote, con la possession de treinta años se prescriviò.

25 Que no està hecha excursion, ni basta que aya concurso para los primeros acreedores, que no se han desistido del pleyto del concurso, sino pedido grado: y que en su lugar auia de suceder Don Antonio, prefiriendo a la mayor parte de acreedores.

26 Que puesta la demanda en tiempo, y en forma, y por parte legitima, tiene Don Antonio otras defensas: porque el tributo se redimiò muchos años ha, y se consumio el dinero, con que cessò la hypotecaria. Y que esta nueva pretension no puede impedir se le dè grado por el credito de su tutela: y que se deue reseruar para otro juyzio ordinario, dóde protesta contestar la demanda.

27 Esto es en suma el Hecho del pleyto. Y para fundar la justicia de Don Antonio con toda claridad, y distincion, diuidimos la alegacion en los dos Articulos que se han referido. En el primero fundamos el credito de la tutela de Don Antonio: y en el segundo respondemos a la reconvencion, y demanda que por razon del dote se intenta de contrario por parte de los acreedores.

ARTICVLO I.

28 FVnda Don Antonio de la Cueva su pretension, para que se le dè grado por el alcance de su tutela, reditos, y intereses, en las quentas, y autos que siguiò con Doña Ana de Almonte, como tutora, y curadora de sus hijos, cuya tutela le fue discernida, y consta à fol. 852. Ram. 1. en que auiendose conformado los Contadores nombrados por ambas partes, sacaron de alcance vn quento docientas y

tantas

tantas mil marauedis, cuyo alcance aprobò el Iuez, y consintiò la parte de los menores, que de derecho estauan obligados a dar la quenta de la tutela del dicho Don Antonio, iuxta illud Evang. *Redde rationem villicationis tuæ*. Lucę *cap*. 16. habetur *in Cap. Qualiter, & quando el* 2. 2. *de accusat*. & ex textus *in l*. 1. *§ Officio, & in §. De rationibus. ff. de tutel. & rat. distrah. l*. 21. *tit*. 16. *part*. 6. aunque Don Simon de Melo no fuesse el tutor a quien se le discerniò el cargo de la tutela, porque basta auerla administrado en virtud del poder, y substitucion de su padre, *vt in l*. 1. *ff. de eo qui pro tutore se gerit*, latè Gutierrez *de tutelis part*. 3. *cap*. 1. *ex num*. 8. *&* 9.

29 Y aunque el tutor, o protutor fuesse muerto: porque la accion de tutela passa a los herederos. *l*. 1. §. *Hanc actionem. ff. de tutel. & rat. distrah. l*. 4. *ff. de fideius. tut. l*. 1. *& vltim. C. de hæred. tut. d. l*. 21. *tit*. 16. *part*. 6. ibi: *E para esto cumplir, es obligado tambien el guardador, como sus fiadores, e sus herederos*. Quia actiones ab hæredibus, & contra hæredes in contractibus bonæ fidei locum habent. *l*. 1. *C. vt actiones ab hæredibus, & contra hæredes*. Et regulariter contractus in hæredes transeunt, & hæredibus prosunt. *l*. 4. *C. de contrah. & commit. stipulat*.

30 En esta quenta, el alcance auiendo sido de conformidad de los Contadores, fue executiuo sin embargo de apelacion, auiédose aprobado, y confirmado por el Iuez. *l*. 14 *tit*. 21. *lib*. 4. *Recop*. Gutierrez *lib*. 1. *pract. quæst*. 37. *per totam* Parladorus *lib*. 2. *rerum quotidianarum cap. fin*. 1. *part*. § 6. *num*. 3 Escobar *de raciocinijs cap*. 31. *num* 9. Y auiendolo consentido la tutora, por auer sido muy en fauor de sus menores las quentas hechas por ambos Contadores.

31 Y aunque para el grado que Don Antonio pretende, bastaua la aprobacion de las quentas, pues no consigue liberacion el tutor, o sus herederos con darlas, sino con pagar el alcance. *l. cum seruus*. 82. *ff. de condit. & demonstrat*. ibi: *Sed et si reliqua soluerit*; tiene mas en su fauor los autos de la execucion, y sentencia de remate, que fuera de presumirse justa. *l. Herennius. ff de euictionib*. de la inspeccion de las quentas se reconoce su justificacion.

32 Aunque desde el año de 630. que se pronunciò, no se pidiesse el apremio hasta el año de 654. *quia ius executiuum ex actione reali non præscribitur, nisi spatio triginta annorum*, sin embargo de la ley 63. de Toro, cuya decision procede solamente en el Derecho executiuo, o Executoria de accion personal, vt cum multis Carleval *de iudicijs tom*. 2. *lib*. 1. *tit*. 3. *disput*. 4. *num*. 6. Parladorus *lib*. 1. *cap*. 1. *§*. 13. *num*. 9. Barbosa *in l. sicut, num*. 166. *&* 159. *C. de præscript*. 30. *vel* 40. *annor*.

33 Y en la via executiua por la citacion de remate, quæ habetur loco litis contestationis, se perpetùa la accion por quarenta años. Carleual *d. disput*. 4. *num*. 32. Parladorus *cap*. 1. *§*. 13. *num*. 19.

34 Y no obsta el dezir, que la dicha tutora no apelò, y que los autos se siguieron colusoriamente. Porque en quanto a la apelacion no se le puede imputar culpa, o negligencia, siendo las quentas tan fauorables a sus menores, y estando conformes los Contadores, y aprobadas las quentas por el Iuez: y no tuvo obligacion de apelar, vt probat textus *in d. l.*

Heren-

Herennius, verbo, *Cum emptrix non provocauerat. ff. de euict.* vbi DD. Mayormente quando el alcance era executiuo sin embargo de apelacion. Salgado *de Reg. protect. part. 4. cap. 8. num.* 337. vbi quod collusio ex defectu apellationis tantum procedit, quando apellationem omissit in casu qui illam permittebat.

35 Y la colusion que se dize, no consta, y era necessario que se probàra. *l. Præses Prouinciæ. 5. C. de pignoribus,* ibi: *Si eum collusisse cum aduersaria tuo constiterit.*

36 Y no se reconoce de lo que se opone contra las quentas, que sin embargo de estar vencidos los menores, y que los acreedores no son parte para opugnarlas, quando los mas son posteriores en sus creditos, y que a el tiempo del discernimiento de la tutela nos los auia, ni al tiempo de las quentas, adhuc quādo puedan ser oydos por el remedio de la apelacion, apelando de la sentencia, iuxta textum *in l. ab executore. §. Alio. ff. de appellat.* Covarrubias *pract. cap.* 25. y pagando primero a Don Antonio su c edito, por ser sentencia de remate.

37 Adhuc inquam los agrauios que se expressan contra las quentas, y sentencia, en la verdad no lo son. Porque el primero, de que no se deuieron cargar reditos, tomandose las quentas a los herederos del tutor, sin embargo de que Ayora *de partitionibus cap. 4 num.* 34. dixo, que si el tutor fuesse muerto, y la quenta de su administracion se tomasse a sus herederos; en tal caso no podrian ser condenados de la culpa del tutor, o curador, que no huuiesse empleado en censos, o bienes rayzes los dineros del menor, porque de leui culpa non tenentur hæredes eius, *vt in l. fin. C. de in litem iurando,* & ex *l. 1. C. de hæredib. tutor.* Rodriguez *de annuis redditubus lib. 3. quæst. 10. num.* 20. Hermosilla *in l. 10. tit. 1. p. 5. glos. 4. num.* 228.

38 Lo contrario, y que se les devan cargar los intereses, se prueba. Lo primero, porque es obligacion del tutor emplear el dinero del menor en tributos, o bienes rayzes, y teniendolo ocioso, queda obligado al interese. *l. tutor qui repertorium. § Si post. ff. de administr. tut.* Covarrub. *lib. 3. var. cap. 2. num.* 1. Baeza *de decima tutor. cap. 2. num.* 92. Rodriguez *d. lib. 3. quæst. 10. nnm.* 12. Valenzuela Velazquez *cons.* 148. *num.* 6. & 15.

39 Y esta obligacion passa a los herederos. *l. cum ostendimus.* 4. §. *Vsuras quoque. ff. de fideiusor. tut.* ibi: *Vsuras quoque eius pecuniæ, quam pupillarem agitauit, præstare debet hæres tutoris. d. l. tutor. 7. § Pecuniæ, quæ in arca. ff. de administr. tut.* ibi: *Pecuniæ, quæ in arca fuit, etiam hæredes curatoris tamdiù vsuras præstabunt, quandiu non interpellauerint, vt loco defuncti curator constituatur.*

40 Notant Romanus *cons.* 139. *num.* 5. Damhouder. *Patr. pupil. de inter. pup. num.* 48. Baeza *d. cap. 2. num.* 94. ibi: *Tutor qui exactas pupilli nomine pecunias non dedit fœnori licito, tenetur ad vsuras, quod hodie est iustum intereße. Et num. 95 seq. Idem in tutoris hærede, qui tenetur ad vsuras pecuniæ, que in eius manu pervenit, vt in l. tutor. § pecunia, quæ in arca. ff. de administr. tut. l. cum ostendimus. §. vsuras. ff. de fideiuss. tut.*

41 Gutierrez *de tutelis, p. 2. cap. 9. nu.* 21. Escobar *de ratiociniis, cap.* 15 *num.*

num.40. Leotardus *de vsuris, quæst.* 20. *num.* 13. & 14. Ioannes Griuellus *decis.* 150 *num.* 1. cum multis D. Franc. Hieronim. Leo *decis. Valent.* 15. *lib.* 1. *ex num.* 6. vbi *num.* 10. refiere auerse asi juzgado en el Senado de Valencia, ibi: *Et ita fuit iudicatum me referente hæredem tutoris teneri soluere interesse pecuniæ, cuius tutor remansit debitor.*

42 Y no prueban la opinion contraria los dos textos en q̃ se funda porque la *ley.* 1. *C. de hæredib. tutor.* que segun la letra vulgar, prueba que los herederos no pueden ser condenados por la lata culpa, o negligencia de los tutores, se enmienda por los Autores clasicos, segun se halla in Basilicis, y doctamente prueba Cuiacio *lib.* 23. *obseruat. cap.* 39. haziendo diferencia entre los contractos, y delitos, que en estos no ay accion contra los herederos, y en los contractos si; y en el de la tutela està obligados los tutores al interese, y lucro de los menores. *l. pupillorum. C. de administr. tut. l. quidquid. C. arbitrium tutel.* cuya accion passa a los herederos, como prueba la *l.* 4. *de fideiuss. tut.* Y de la negligencia del tutor le resulta accion al menor. Y assi entiende el texto detracta prima negatiua de negligentia hæredum, vt de negligentia hæredis loquitur etiam textus *in l.* 4. *ff. de Magistrat. conveniend.* ibi: *Non similiter tenentur hæredes Magistratuum, vt ipsi tenentur; nam nec hæres tutoris negligentiæ nomine tenetur.* Sigue a Cuiacio Gotofredo *in d. l.* 1 *lit. A.* vbi concludit propter negligentiam defuncti hæredem obligari.

43 Y la *ley final. C. de in litem iurando*, prueba menos el intento, como aduirtiò Rodriguez en el *num.* 20 que sin embargo de seguir el dictamen de Ayora, reconociò que este texto en que se fundò, no lo prueba, porque deniega el juramento in litem contra el heredero del tutor: esto, porque el juramento, y lo riguroso del es penal; y assi la ley no quiso ampliarlo contra el heredero, pero en los reditos expressamente la ley quiso los pagàra el heredero, porque estos intereses no son vsuras odiosas, sino recompensativas, y fauorables, ratione lucri cessantis; y porque el dinero no deue estar ocioso, ni ser esteril. *l.* 4. *ff. de contr. act. tut.*

44 Y asi en estos Reynos donde con facilidad el dinero se puede emplear en tributos, y censos, si el tutor no lo hiziere, queda obligado a los intereses de cinco por ciento, quia fuit in culpa. Ayora. 1. *part. cap* 4. *num.* 30. Gutierrez *d. cap.* 9. *num.* 24. Covarrubias *lib.* 3. *variar. cap.* 2. *num.* 1. Baeza *cap.* 2. *à nu.* 93. Escobar *cap.* 14. *num.* 7. Molina *de iustitia, part.* 2. *quæst.* 224. *vers. Quando ergò.* Larrea *decis.* 92. *num.* 18. Valenzuela Velazquez *cons.* 148. *num.* 11.

45 Y no le escusa de la paga lo que aora insinuan los acreedores, de que fue buena administracion tener el dinero sin emplearlo, por la calidad de Don Antonio, y por tener otros bienes rayzes, que fue opinion de Ayora. *d. cap.* 4. *num.* 33. fundado en la *Auth. nouissimè. C. de administra. tut.* cuius verba sunt: *Nouissimè cautum est à curatore pecuniam pupillarem non esse fœnerandam, quod si fecerit, mutui subiacebit periculo: nisi mobilis sit eius substantia, cuius cura administratur, tunc enim curator illud solum mutuare cogatur, quod ad dispensationem sufficiet adolescentis, eiusque rebus: quod verò plus est, cautè recondatur: vel*

nisi ex necessitate hoc fecerit, veluti propter expensas in pupillum faciendas.

46 Porque lo contrario es cierto, y ay decisiones de la Chancilleria de Valladolid, y como dixo el señor Obispo Valenzuela *d. cons.* 148. *num.* 12. auiendo referido el sentir de Ayora: *Salva pace illius, non benè censuit de intellectu dictæ authenticæ*; porque este texto en la primera parte prohibese de el dinero del menor a logro, corrigiendo en esto el derecho antiguo que lo permitia. *l. ob fœnus. ff. de administr. tut.* Y en la segunda no dize, que tenga el tutor el dinero ocioso, sino que lo guarde hasta que aya ocasion de emplearlo, sacados los alimentos del menor. Y este empleo se ha de entender conforme a las demas leyes dentro de seis meses, y conforme a lo que se vsare en la Prouincia; y para esto lo ha de guardar, no para dexarselo en el arca.

47 Benè Escobar *de raciociniis cap.* 14. *num.* 19. ibi: *Ex quibus videtur malè sensisse Ayoram de part. cap.* 4. *num.* 33. *Quatenus tenet quod quando pupillus, vel minor habet prædia ex quorum fructibus possit commodè alimentari, tutor non tenetur præcisè expendere pecuniam pupillarem in emptionem prædiorum, vel eam in annuorum reddituum emptionem collocare, sed sit arbitrio eius eam conseruare pupillo, vel eam in prædictis expendere, ex textu in d. auth. nouissimè. Et quod hoc casu si prædia vel annuos redditus non emat, non tenebitur ad vsuras, vel interesse illarum pecuniarum, quas recondidit, quia textus in d. auth. nouissimè, debet intelligi secundum leges suprà relatas, quibus cauetur vt pecunia omnino in prædictis emptionibus collocetur, vbi collocare potuerit: & ita pluries vidi iudicatum in hac Pinciana Chancellaria, quod tu nota in praxi, ne decipiaris ex doctrina Ayoræ.*

48 Sigue a Escobar Valenzuela, el qual *d. num.* 12. inquit: *Et ita quotidie in nostra Hispania practicatur, & tutores onerantur de interesse, si pecuniam pupillarem non collocauerunt, etiam si pupillus, vel adultus opulentos redditus haberet, ex quibus alimentari posset.* Y comprueba la resolucion con la *l. si plures. §. Dati*, ibi: *Et si pecunia sit, quæ deponi possit curare, vt deponat ad prædiorum comparationem. l. ita autem ff. de administr. tut.* Cap. per vestras de donat. ibi: *Vel saltèm alicui mercatori committi, vt de parte honesti lucri dictus vir onera possit matrimonij substinere.*

49 Y tampoco obstarà si se dixere, que no hallò tributos, o bienes rayzes en que emplear el dinero de la tutela. Porque lo contrario se presume, y el tutor, o quien lo alegàre por el, lo deue probar, vt benè tradit Gutierrez *de tutelis dicto cap.* 9. *num.* 29. Y mal se podrà probar que no se hallavan tributos, quando en el mismo tiempo tomò D. Simon de Melo los mas que oy pretenden grado por sus creditos.

50 Y menos obsta lo que se alega, de que no consta auer tenido Don Simon de Melo, los mil y quinientos ducados de la tutela, y que la declaracion de los Contadores no tiene justificacion, ni pudo perjudicar a los menores. Porque consta lo contrario de las mismas quentas, partidas, de que se compone el cargo, que importaron mas de cinco quentos de marauedis, de que le devieron cargar reditos, y no lo hizieron de consentimiento de Don Antonio, ni en la cantidad, porque solo le car

garon

garon de mil y quinientos ducados, pudiendole cargar de mas de diez mil: ni en el tiempo, porque no le cargaron los años de 17. y 18. deuiendosele solo conceder seis meses de demora. *l. si tutor constitutus. 16. ff. de administr. tutor*. Gutierrez. *d. cap. 9. num. 27*. Valenzuela. *d. cons. 148 num. 5*.

51 Y todo lo disputado en este punto desde el *num.* 36. procede ex superabundanti, en caso que el dinero le tuviesse pronto el tutor, y solo huviesse sido negligente en no emplearlo, en cuyos terminos no estamos, porque Don Simon de Melo lo consumió, gastó, y convirtio en sus proprios vsos, y cumplida la tutela, no lo entregò: y assi sus herederos lo deven satisfazer con sus intereses, hasta la Real paga.

52 El segundo agrauio que por los acreedores se expressa, es, que no se deuen reditos acabada la tutela. Pero pruebasse lo contrario *ex l. tutor qui repertorium. 2 § fin. ff. de administr. tut.* ibi: *Sciendum est tutorē, & post officium finitum vsuras debere in diem quo tutelam restituit. l. Lucius. 46. § 3 ff. eod.* ib.: *Quæsitū est an eius pecuniæ, qua tutor vsus est, post finitam quoque tutelam in diem iudicij recepti easdem vsuras præstare debeat? Paulus respondit finita administratione easdem vsuras debere computari, quæ in tutelæ iudicio computantur. l. tutor. pro pupillo.* 28. *ff. eod. tit. l. 1. § fin. ff. de vsuris*, ibi: *Nemo enim ambigit hodie, siue iudex accipiatur in diem sententiæ, siue sine iudice tutela restituatur in eum diem, quo restituit, vsuras præstari.*

53 Baeza *de decima tutor. cap. 2. n* 94. ibi: *Qui nimo debet vsuras etiam finito officio vsque ad diem, quo tutelam restituit.* Gutierrez *part.* 3. *cap. 1. num.* 81. *& part. 2. cap. 9. num.* 20. Montanus *de tutor. & curat. cap. 32. num.* 178 Cuiacius *ad tit. de vsuris pupil* Leotardus *de vsuris, quæst. 20. num* 3 Rodriguez *de annuis redditibus lib. 3. quæst. 10. num.* 44. Escobar *de raciocinijs cap. 15. num.* 40. Griuellus *dict. decis.* 150. D. Franc. Hieronim. Leo *decis. 15 num.* 6. Valenzuela *dict. cons.* 148. *nu.* 7. Cancerio *lib. 3. var. cap. 16. num.* 67.

54 Y no es en contra lo que añade Cancerio, ibi: *Ad vsuras verò quæ cucurrerunt ex quo pupillus factus est maior, non tenetur sine interpellatione, vt per glos. in l. maximè ff de administr. tut. sensit Ludouicus Romanus cons.* 139. *num.* 4. Porque esta doctrina de que el menor, acabada la tutela siendo mayor, no aya de ganar intereses, no interpelando a su tutor, segun la *ley tutor pro pupillo. ff. de administr. tut.* procede quando dexa passar diez, o veinte años sin tomar las quentas, ni pedir a su tutor, ni a su heredero se las dè, porque en este caso es visto remitir las vsuras. *d. l. maximè. 29. ff. eod. tit.* ibi: *Per iniquum esse eum qui fortè post viginti annos, vel amplius in mentem venit tutelam reposcere, etiā vsuras postulare.* Griuellus *d. decis.* 150. *num.* 16. benè Leotardus. *dict. quæst. 20. num.* 22. vbi quod censetur vsuras remisisse, qui tandiu distulit petere. *l. cum quidam. §.* 17. *ff. de vsuris.* Rouitus *decision.* 43. *num.* 4.

55 Pero auiendo Don Antonio de la Cueva, antes de los veinte y cincò años pedido las quentas, y executado por su alcance, y tenido los herederos la mora, y no queridole pagar sin embargo de la execucion: esta mora les perjudica, y ha ganado, y deue ganar los intereses hasta el

dia

dia que se le restituya el alcance, argum. *l. Titia Saio. §. Vsuras. ff. de legat. 2.* vbi vsuræ fideicommissi puellæ relictæ post impletos. 25. annos non debentur, nisi ex quo mora facta est, quod intelligunt Doct. de mora regulari, quæ ex interpellatione committitur. Griuellus *d. num.* 16.

56 Y para que no les huviessen corrido los intereses a los herederos, era necessario que huvieran ofrecido el dinero. *l. tutor.* 28. *§. 1. ff. de adm. tut.* ibi: *Tutor qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit, vsuras præstare non debet, ex quo obtulit pecuniã. l. 1. §. fin. l. 8. ff. de vsuris. l. vltim. C. de vsur. pupillar.*

57 Aunque no se les huviesse requerido. Baeza *cap. 2. num.* 176. Gutierrez *part. 3. cap. 1. num. 7.* quia detinens pecuniam minoris semper est in mora irregulari. *l. minorum. C. in quibus causis in integrum rest. non est neces.* Valenzuela *d. cons.* 148. *num. 9* Y assi mientras no ofrecen, y aun consignan el dinero, corren las vsuras, y reditos hasta la restitucion En terminos de herederos de tutor, bonus textus *in l. tutor. 7 §. 13. ff. de administr. tut.* ibi: *Pecuniæ quæ in arca fuit, etiam hæredes curatoris tandiu vsuras præstabunt, quandiu non interpellauerint, vt loco defuncti curator constituatur. l. fin. C. de vsur. pupillar.* El qual texto, aunque su especie es hablando de tutores, y dà la forma para que no les corran las vsuras, *denunciationibus frequenter interpositis*: bien considerado tambien decide el punto en los herederos, porque dize, q̃ haziendo la oblacion, quedan libres de los reditos los tutores, y sus hijos, ibi: *Quo facto tàm vobis ipsis, quàm securitati filiorum vestrorum consuletis.* Luego faltando este ofrecimiento, y teniendo el principal, los tutores, ni sus hijos no quedan libres de las vsuras: cuyo texto siendo expresso no emos visto notado por Autor para este intento.

58 Et generaliter, que las vsuras, y reditos pupillares corran hasta la Real restitucion, notant bene Rodriguez *lib. 2. quæst. 15. num. 12. & 15.* Leotardus *num. 21.* Escobar *cap. 15. num.* 30. 31. *&* 42. Valenzuela *dict. cons.* 148. *num. 7. &* 8.

59 Y no importa el que se aya acabado la tutela, *quasi cessante causa cesset effectus*, porque responde Don Francisco Geronymo de Leon *d. decis. 15. num.* 8. ibi: *Quæ administratio licèt cesset mortuo tutore, vel curatore, semper tamen remanet debitum tutoris, donec illud persoluatur, & remanet eadem ratio in qua fundatur præstatio interesse facienda minoribus, & sic seruanda est eadem dispositio iuxta regulam legis illud. ff. ad leg. Aquil. & hoc casu finita causa non finitur effectus, vt expresse docet Accurs. in verb. Easdem vsuras in l. Lucius. 46. §. Quæsitum. ff. de administr. tut.*

60 Y auiendose quedado los herederos del dicho Don Simon con el dinero de la tutela del dicho Don Antonio, y no querido desembolsarlo, sin embargo de que les executò, gana los intereses que han corrido despues de auer cumplido los veinte y cinco años, vt resolvunt Rodriguez *lib. 3. quæst. 10. num.* 44. ibi, *Sed quid si tutela, & cura vltra viginti annos durauerit, cum initio tutor partem pecuniæ pupillaris in vsus suos citra fraudem conuertisset, & forsan adhuc differt restituere, an præfatæ vsuræ pupillares semper currere pergãt vltra duplum videtur quod sic, donec tutela restituta sit. l. tutor qui in fin. l. lucius. §. Quæ*

situm

*situm de administr.tut.vel donec serio obtulerit, & per eum non steterit l.fin.C.de vsur.pupil.supr.lib.2.q.15.*Cancer.*d.lib.3.cap.16.num.67.*ibi: *Ad vsuras verò, quæ cucurrerunt, ex quo pupillus factus est maior, non tenetur sine interpellatione.*Romanus *cons.139.num.4.* Et ex *d.l.tutor qui repertorium §.Pecuniæ quæ in arca.*Hermosilla *in l.10.tit.1.part.5.glos.3.num.230.vers.Nisi in casu speciali.*

61 Et quod veniant fructus in condemnatione tutelæ tradit decisum Fontanella *decis.91.num.28.*como en la legitima que se deven los frutos desde el dia de la muerte del padre; y en la dote que retardandose la paga, se deven los intereses desde el dia del matrimonio: y quando el comprador no paga el precio de la cosa comprada, que deve ser condenado tambien en los frutos: y en otros casos semejantes que juntò Fontanela en la dicha decision.

62 Y no importa que Don Antonio desde el año de 30. que se pronunció la sentencia de remate, hasta el de 54 que pidio el apremio, y citò a Don Antonio de Melo, Veintiquatro, su cuñado, no hiziesse diligencia alguna judicial: porque le basta el auer executado, y tenido sentencia, cuya execucion, y cumplimiento en accion Real dura treinta años, vt suprà *num.32.* y no auersele nunca ofrecido la paga: conque han corrido, y corren los reditos, y vsuras hasta la Real restitucion. Y pruebase esto demas de lo hasta aqui escrito, porque no auia de ser de peor condicion el menor, etiam factus maior, que su tutor, ni el dinero del menor, que el del tutor, y en este, es texto expresso (aunque no notado por los Autores] la *ley quid ergò.3.§.4.ff.de contr.tut.& vtil.action.*ibi: *Vsuras vtrùm tandiu consequetur tutor, quandiu tutor est, an etiam post finitam tutelam videamus, an EX MORA tantum, & magis est, vt quo ad ei reddatur pecunia, consequatur, nec enim debet ei sterilis esse pecunia.* Y si esto es en el tutor, no es mucho proceda lo mesmo en el menor, y que se le devan por el tutor, *post officium finitum in diem quo tutelam restituit.d.l.tutor.7.de administr.tut.*

63 Y no se puede imputar mora a Don Antonio, en que en el dicho tiempo no apremiasse a su cuñado a la paga: porque esto fue benignidad suya, y mora del deudor. Fachineo *lib.3.controuers.cap.101.in fine,* ibi: *At dices, cur non vrget dotis exactionem in iudicio? Respondeo, hanc esse viduæ benignitatem, debitorem esse in culpa maiori, qui non soluit non debere eum, qui in mora restituendi est imputare culpam creditori, cur non petierit.l.penult.ff.de vi, & vi armata.* Y con qualquiera extrajudicial interpelacion quedaua purgada. Amato *lib.1.var.resol.49.num.97.*

64 Como para interrumpir el curso de las vsuras por parte del tutor, segun el sentir de algunos, no es necessaria tampoco judicial oblacion, ni consignacion, sino que basta el ofrecimiento verbal, y extrajudicial. Escobar *cap.15.num.43.* Y Don Antonio siempre tuvo entendido ganaua reditos su dinero, y lo pidiò muy repetidas vezes.

65 Y no tiene fundamento el insistir los acreedores, en que por el transcurso de los dichos 24 años, quedò prescripto el derecho de Don Antonio. Porque demas de lo que dexamos fundado *num.32.* & *33.* quando el susodicho no huviera pedido las quentas, ni le huuieran da-

do, ni huviera executado a los herederos, ni ganado sentencia, no auia corrido prescripcion. *l. tutores. §. C. arbitrium tutelæ*, ibi: *Tutores tutelæ conueniri longi temporis præscriptio non prohibet. Vnde si his transactione, vel nouatione, aut acceptilatione liberationem non præstitisti, apud rectorem Prouinciæ quæcumque tibi debentur repetere non prohiberis.* Y por lo menos â die finitæ tutelæ, eran menester passar treinta años sin interrupcion. *l. 3. in fin. C. de præscript. 30.*

66 Et denique, para el grado, y prelacion que se pretende, no obsta ser el pleyto de acreedores, porque los reditos, y vsuras tienen el mismo priuilegio que el principal. *l. Lucius. ff. qui potiores in pignore*, ex multis Acosta *de priuilegijs creditorum regula. 2. ampliat. 6. num. 295. & reg. 3. ampliat. 5. num. 1. & 2.* Noguerol *allegat. 17. num. 19. & 26.* Cuya autoridad, y doctrina es en terminos de reditos, y vsuras dotales, que tienen la misma prelacion que el dote en concurso de acreedores: y assi lo decidiò el Real Consejo; en cuyos terminos de concurso, es tambien el lugar de Acosta *dict. num. 295.*

ARTICVLO II.

67 ESTANDO concluso el pleyto sobre sentencia de graduacion, que no pueda embaraçar el grado que pretende Don Antonio de la Cueva por principal, y corridos de su tutela, la nueua pretension deducida por los acreedores contra D. Antonio, en razon de que deue restituir al concurso los ocho mil ducados de plata del tributo que se le diò en dote con Doña Mariana de Melo su muger en 19. de Iulio de 1617. que piden por reconvencion, o mutua peticion; se prueba por diferentes medios.

68 Lo vno, porque la reconvencion se ha de poner ante litis contestationem DD. *in Auth. & consequenter. C. de sent. & interlocut. Iud.* Cancerio *lib. 2. var. cap. 13. num. 2.* & de iure Regio intra viginti dies â litis contestatione. *l. 1. tit. 5. lib. 4. Recop.* Carleval *tom. 2. tit. 2. disput. 5. num. 6.* Porque la reconvencion dicitur secunda conventio, & in vna eadem que sententia debet terminari.

69 Lo otro, porque la dicha reconvencion, o nueva demanda, no està contestada, y por D. Antonio se dixo no tener obligacion a responder a ella, y la contestacion es la piedra angular, y fundamental del juyzio, y de substancia del. *l. 1. tit. 7. l. 1. tit. 8. lib. 4. Recop. l. 3. tit. 10. p. 3.* Carleual *tom. 2. lib. 1. tit. 2. disput. 4. num. 2. & 3.*

70 Lo otro, que la dicha reconvencion, y demanda no se pone por parte, porque Antonio del Castillo no tiene poder para la demanda nueva que intenta; y de dos acreedores anteriores a D. Antonio; el vno que es D. Francisco Ortiz de Zarate, no ha dado orden para el pedimiento, ni lo quiere intentar. Y quando tuviera poder de los acreedores para la demanda, no son partes legitimas los acreedores de D. Simon de Melo para pedir, como piden. Y concluye su pedimiento, que restituya Don Antonio de la Cueva al concurso la dicha cantidad, porque D. Antonio no es deudor de su suegro, ni el tributo son bienes del dicho Don Simon,

Simon,y que lo fuesse de Antonio de Melo su padre,que lo diò en dote a Doña Mariana de Melo su nieta,los mas de los acreedores son posteriores a la constitucion del dote,y son acreedores a los bienes de D. Simon,no de su padre;y dos tributarios anteriores al dote, si intentarẽ la hypotecaria,que no intentan en forma,ni en tiempo, esta demanda es ordinaria,y como tal se ha de seguir.Salgado *in labyrint*.1.*part.cap*.10.*num*.76.

71 Pero tampoco la pueden intentar sin desistirse del concurso,porque son los primeros acreedores,y estàn pidiendo grado; y para hazerles pago,siendo los primeros,no faltan bienes; y para intentar la hypotecaria,ha de auer precedido excursion en los bienes del deudor. *Auth. hoc si debitor.C.de pignoribus*,ibi:*Alio verò possidente inhibetur hypothecaria,donec personaliter actum sit cum reo,& intercessore.Et si nec ex hypothecis debitoris satisfiat,tunc demun intercessoris hypothecæ,si quæ sunt petantur.l.*14.*tit*.13.*part*.5. latè Ferrara *in pract. in form. resp.libel.in actione hypothecaria,verb.Exceptionem,ex num*.1. *vsque ad* 32.*fol*.384.Surdus *cons*.4.*num*.35.

72 Y no obsta el que aya concurso: conque no es necessaria excursion, ex Molina *de Primogenijs lib*.4.*cap*.7.*num*.31.Salgado.1.*part.cap*. 23. *per totum*.Porque para los primeros acreedores siempre ay bienes del reo concursado.& asserenti bona non esse sufficientia pro solutione creditorum incumbit onus probandi.Salgado *num*.68. Y la conclusion procede quando los acreedores dexan el concurso, y forman juyzio cõ el fiador,o tercero posseedor.Salgado *num*. 1. Y en esta introducci on tanto dista de que se aparten del concurso, que està concluso sobre el grado,que pretenden se les dè,que avrà de ser conforme a su antelaci õ

73 Mas quando la hypotecaria se intentàra en forma,y en tiempo, està prescripta la accion;porque desde el año passado de 617.hasta el año de 59.que se introduze,han passado 42.años:con cuyo transcurso de tiem po la hypoteca anterior se extinguiò,estando en tercero posseedor, y con justo titulo de dote,porque tambien venia a ser acreedor, probant textus *in l.sicut*.ibi:*Eodem etiam iure in eius persona valente, qui pignus,vel hypothecam non à suo debitore,sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare:quæ ergo antea non motæ sunt actiones, triginta annorum iugi silentio,ex quo iure competere cœperunt,viuendi vlterius non habeant facultatem.l.competit*,ibi: *Iubemus eos, qui rem aliquam per continuum annorum quadraginta curriculum sine quadã legitima interpellatione possederint,de possessione quidem rei,seu dominio nequaquam remoueri.l.cum notissimi.§.Illud.verbo,Hypothecarijs. C.de præscript.*30.*vel* 40.*annor.l.*39.*tit*.13.*p*.5.latè Acosta *de priuilegijs creditor.regul*.3.*limit*.3.*ex num*.1.*cum seqq*.

74 Tambien tiene otra defensa D.Antonio de la Cueva contra la hypotecaria,que es auer redimido el deudor el tributo,y consumido Don Antonio la cantidad,conque se resolviò qualquiera hypoteca. Afflictis *decis*.109.*num*.6.& 7.Cartario *decis*.19.*num*.6.Flores de Mena *lib*. 1. *quæst*.6.§.9.Thesaurus *quæst.forens*.16.*à num*.8. Fontanella *de pact. nupt.claus*.5.*glos*.3.*p*.7.*num*. 58.& 64. y otros muchos que refiere Salg.*p*.1.*cap*.10.*ex num*.77. Y aunque esta question es muy altercada

entre

entre los Autores,y otros lleuan la contraria; concluye Salgad. *num.* 81. ita: *Quare dicendum in hac Doctorum varietate, hanc secundam opinionem iuris rigore veram, priorem autem æquiorem, multo magis communem,& multorum Hispanorum,& exteriorum Tribunalium praxi,& vsu receptiorem,& libentius amplexam, prout Doctores in ea citati affirmant, itaque ab ea non recedam, quia æquitati,& reipublicæ quieti nititur,& consulit, vt scilicèt non nisi fiscus,& hypothecarij priuilegium habentes valeant pecuniam solutam,& rem cessam, vel in solutũ datam consumptam bona fide auocare.*

75 Sin que obste el dezir, que el tributo se le diò en dote, con condiciõ de que no lo pudiesse enagenar. Porque este pacto, lo vno mirò a la enagenacion voluntaria, no a la necessaria, como fue la redencion, y fue a fauor de su muger, porque no lo vendiesse D. Antonio: y la dicha Doña Mariana de Melo, como dueño, fue quien otorgò la escritura de redencion, y quien lo consumiò; y el pacto fue solo a su fauor, y assi lo pudo renunciar; y del no se puede adquirir derecho a los acreedores de su padre en perjuyzio suyo: porque siendo la condicion fauorable a la cõseruacion de su dote *retorqueretur in eius damnum*, y del dicho Don Antonio, el qual no se obligo a fauor de acreedores en la dicha escritura. Y en terminos mas rigurosos, nempè quando mulier bona sua dedit marito, vt satisfaceret creditoribus vxoris, si maritus expressè non se obligauit fauore illorum, quod nullatenus possit cogi per creditores ex stipulatione facta vxori dotanti, tenet Salgad. *in labyrint. part. 2. cap. 25 num. 36.*

76 Y en qualquier acontecimiento, D. Antonio siempre se halla con dos creditos. El primero del dote de su muger con prelacion desde 19. de Iulio de 1617. Y el segundo, de su tutela desde 5. de Otubre del mismo año: y no se puede aplicar por paga de este segundo lo que se le dio por el primero, pues quando se casò no era tutor su suegro, y lo que se le dio en dote, no ha de ser para que pierda su tutela.

77 Y vltimamente la reconvencion, o nueva demanda en el estado del pleyto, tantùm operatur, vt non possit opponi de incõpetentia, ad textum *in l. cum Papinianus.* 14. *C. de sent.& interlocut. Iud.* non vt simul debeat terminari. Cancerio *lib. 2. cap. 13 num* 14. Franchis *decis.* 376. *num.* 1. ibi: *Reconuentio potest fieri vsque ad conclusionem in causa, imo vsque ad sententiam, non tamen ad finem, vt pari passu procedatur, quia hoc casu esset necesse, quod fieret ante litis contestationem, vel statim post, sed ad finem, vt teneatur stare iuri coram iudice, quem ipse elegit.* Reseruandoles su derecho para que lo sigan, si les convenga, como lo reconociò a la vista del pleyto el Abogado de los acreedores. Y assi espera Don Antonio, se le ha de dar grado por principal, y intereses de su tutela, hasta la Real paga. Saluo meliori iudicio. Hispali 16. Octobris 1659. ann.

Lic. D. Fernando de Escaño.